

Bescherming van fundamentele rechten post-Lissabon

De interactie tussen het EU-Handvest van de grondrechten, het EVRM en de Grondwet

110

Prof. mr. J.H. Gerards* en prof. dr. M. Claes**

Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in 2009 is het EU-Grondrechtenhandvest bindend geworden. Ten behoeve van het XXVste FIDE-congres is onderzocht welke invloed de EU-grondrechten hebben op het recht van de lidstaten en hoe de EU-grondrechten zich verhouden tot andere grondrechteninstrumenten. Deze bijdrage presenteert de belangrijkste bevindingen van dit onderzoek voor Nederland.

I. Inleiding

Op 1 december 2009 trad het Verdrag van Lissabon in werking. Daarmee kreeg ook het EU-Handvest van de grondrechten verbindende kracht en werd het onderdeel van het primaire Unierecht.¹ In haar jaarverslagen over het Handvest maakt de Europese Commissie melding van de betekenis hiervan voor de Europese regelgeving en de rechtspraak van het HvJ EU,² maar de effecten strekken zich ook uit tot het Nederlandse recht. Het Verdrag verplicht de Unie bovendien toe te treden tot het EVRM; de toetredingsonderhandelingen begonnen kort na de inwerkingtreding. Ten slotte maken de grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het EVRM en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die

de lidstaten gemeen hebben, als algemene beginselen deel uit van het recht van de Unie.³

De wisselwerking tussen nationale grondrechten, EU-grondrechten en het EVRM post-Lissabon was één van de drie thema's van het XXVste jaarcongres van de *Fédération Internationale de Droit Européen* (FIDE).⁴ De landenrapporteurs werd gevraagd om aan de hand van een vragenlijst inzicht te geven in de wijze waarop de Europese grondrechten in hun eigen lidstaat doorwerken en de nationale bescherming van grondrechten beïnvloeden. Het doel van de vergelijkende analyse is een beter inzicht te krijgen in het veellagige systeem van bescherming van grondrechten in Europa, waarin nationaal, EU- en EVRM-recht op een complexe wijze met elkaar interageren. In deze bijdrage doen wij verslag van de bevindingen van de Nederlandse werkgroep die zich met dit onderwerp heeft beziggehouden.⁵ De bijdrage valt uiteen in twee hoofdonderdelen. Allereerst geven wij een overzicht van de manier waarop in Nederland in algemene zin grondrechten worden beschermd en welke ontwikkelingen daarbij zichtbaar zijn (par. 2), wat de rol is van algemene beginselen als bron van fundamentele rechten en hoe de horizontale werking van grondrechten in Nederland vorm krijgt (par. 3) alsook hoe in Nederland wordt omgegaan met botsingen tussen grondrechten en welke rol de wetgever daarbij speelt (par. 4). In een tweede onderdeel gaan wij in op enkele EU-grondrechtelijke onderwerpen en de impact daarvan op het Nederlandse recht. Wij besteden daarbij aandacht aan de toepassing van het EU-Grondrechtenhandvest in Nederland (par. 5) en aan het Nederlandse debat over toetreding van de EU tot het

* Janneke Gerards is als hoogleraar fundamentele rechten verbonden aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

** Monica Claes is als hoogleraar Europees en vergelijkend constitutioneel recht verbonden aan de Universiteit Maastricht.

Samen coördineerden zij de werkgroep die het Nederlandse rapport schreef over fundamentele rechten post-Lissabon voor het XXVste FIDE-congres dat van 31 mei tot en met 2 juni plaatsvond in Tallinn, Estland. Deze bijdrage is een verkorte en bewerkte versie van dat rapport. Het rapport zelf is gepubliceerd in J. Laffranque (red.), *The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions*, Reports of the XXV FIDE Congress Tallinn, Vol. 1, Tallinn: Estonian Lawyers Association 2012, p. 613-677.

1 Het Handvest werd voor het eerst plechtig afgekondigd door de instellingen, bij de ondertekening van het Verdrag van Nice in 2000, maar dan als niet-bindend instrument. De tekst is sindsdien op een aantal punten gewijzigd.

2 Meest recent: *2011 Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights*, 16 april 2012, COM(2012)169 final.

3 Zie M. Claes, 'Het Verdrag van Lissabon en de Europese grondrechtenmozaïek', *SEW* 2009-4, p. 162-168.

4 Tijdens deze conferentie werden nog twee andere deelonderwerpen behandeld, namelijk 'De verhouding tussen EU energierecht, milieurecht en mededingingsrecht' en 'De ruimte van vrijheid, veiligheid en justitie, met inbegrip van aspecten van de informatiemaatschappij'. Samenvattingen van de Nederlandse rapporten daarover zijn te vinden via www.nver.nl.

5 De werkgroep bestond uit Irene Aronstein, Monica Claes (nationaal rapporteur), Tom de Gans, Janneke Gerards (nationaal rapporteur), Martijn de Grave, Heleen Janssen, Rick Lawson, Mirjam de Mol, John Morijn, Paulien de Morree, Aniel Pahladsingh, Geertje Rohof, Wilfred Steenbruggen, Christiaan van Veen, Maartje de Visser en Martine Wijers.

EVRM en over de onderlinge verhouding tussen EVRM en EU (par. 6). Wij sluiten af met een korte beschouwing over de toekomst van de grondrechtenbescherming in de EU en in Nederland (par. 7).

2. Grondrechten in Nederland – een korte inleiding

2.1. Een amalgaam van Grondwet en verdragen

Hoewel het overbekend is dat in Nederland de Europese grondrechten een bijzondere betekenis hebben, is het voor de een goed begrip van de doorwerking van het EU-Grondrechtenhandvest nuttig om een aantal algemene aspecten van grondrechtenbescherming in Nederland kort onder de aandacht te brengen.

Natuurlijk zijn diverse grondrechten allereerst gecodificeerd in de Nederlandse Grondwet. Een tweede bron van grondrechten is te vinden in de door Nederland geratificeerde internationale verdragen, waarbij vooral het EVRM in de praktijk van groot belang is.⁶ Door het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet en het gematigd monistische systeem neergelegd in art. 93 en 94 vervullen de internationale grondrechten een bijzondere rol in de Nederlandse rechtsorde, en begrenzen ze ook de formele wetgever. De internationale grondrechten en de grondwettelijke grondrechten vullen elkaar op belangrijke punten aan. Veel rechten worden specifiek of uitgebreider beschermd in grondrechtenverdragen. Soms biedt de Grondwet een ruimere bescherming, zoals het censuurverbod van art. 7 Grondwet ten opzichte van artikel 10 EVRM, of het onderwijsrecht (art. 23 Grondwet).⁷ Hoewel er verschillende voorstellen zijn gedaan tot aanpassing van de Grondwet op het punt van de grondwettelijke toetsing en de aanvulling of aanpassing van de grondrechtenbepalingen, is de Grondwet sinds 1983 vrijwel onveranderd gebleven. Juridisch gezien is dat niet problematisch, nu de verdragsrechtelijke grondrechten ook tegen formele wetgeving bescherming bieden in de nationale rechtsorde en in de praktijk als het ware fungeren als ‘Ersatzconstitutie’. Niettemin heeft de Staatscommissie Grondwet in 2010 geadviseerd om het grondrechtenhoofdstuk van de Grondwet grondig te herzien.⁸ Door

het toevoegen van enkele ontbrekende grondrechten (zoals het recht op een eerlijk proces) en van een duidelijke beperkingsclausule zou de relatieve betekenis van de Grondwet in de ruimere constitutie worden versterkt. Wat er met deze aanbevelingen zal gebeuren is nog onduidelijk. Het kabinet heeft in een summier reactie aangegeven geen redenen te zien om de voorstellen (op een enkele uitzondering na) over te nemen,⁹ maar zowel vanuit de Tweede als vanuit de Eerste Kamer is de wens geuit om ook andere voorstellen op de agenda te zetten.¹⁰ Ook de wet-Halsema tot gedeeltelijke afschaffing van het toetsingsverbod met betrekking tot klassieke grondrechten is nog steeds aanhangig in tweede lezing.¹¹ Of hiervoor in beide Kamers op korte termijn een tweederde meerderheid kan worden gevonden, valt overigens sterk te betwijfelen.

2.2. Actoren

In Nederland zijn veel verschillende actoren betrokken bij de bescherming en regulering van grondrechten. De wetgever moet vanzelfsprekend rekening houden met de grondrechten bij het maken en aanpassen van wetgeving. Die verplichting houdt in dat de wetgever ieder wetsvoorstel toetst aan grondrechten en beperkingen van grondrechten op een goede manier vormgeeft. De grondrechtentoets is dan ook een vast onderdeel in de checklist binnen de Aanwijzingen voor de Regelgeving. In een breder kader komt het grondrechtenbeleid bijvoorbeeld tot uitdrukking in beleidsdocumenten, zoals het uit 2004 daterende ‘Grondrechten in de pluriforme samenleving’.¹² Ook worden er af en toe bijzondere commissies ingesteld om bepaalde grondrechten nader onder de loep te nemen of wordt evaluatieonderzoek uitgevoerd naar de werking en beperking van grondrechten.¹³ Daarnaast speelt in het wetgevingsproces de Raad van State een belangrijke rol als het gaat om de bescherming van grondrechten: in alle adviezen wordt aandacht besteed aan de verenigbaarheid van een wetsvoorstel met zowel grondwettelijke als internationale grondrechten.¹⁴ Ook de Nederlandse rechter heeft een belangrijke taak bij de bescherming van grondrechten. De rechter is bevoegd, op grond van art. 93 en 94 Grondwet, om wettelijke bepalingen buiten toepassing te laten wegens strijd met een rechtstreeks werkende bepaling uit een grond-

6 Zie M. Claes en G.-J. Leenknegt, ‘A Case of Constitutional Leapfrog – Fundamental Rights Protection under the Constitution, the ECHR and the EU Charter in the Netherlands’, in: P. Popelier e.a. (red.), *Human Rights Protection in the European Legal Order: The Interaction between the European and the National Courts*, Intersentia: Antwerpen 2011, p. 287-308.

7 Bijv. D. Mentink en B.P. Vermeulen, ‘Artikel 23’, in: A.K. Koekoek (red.), *De Grondwet, een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 246. Zie ook J.H. Gerards en W.J.M. Voermans, *Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip ‘rechtsstaat’ in de legisprudentie en jurisprudentie van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2011.

8 *Kamerstukken II 2010/11*, 31 570, nr. 17 (bijlage).

9 Brief van 24 oktober 2011, *Kamerstukken II 2011/12*, 31 570, nr. 20.

10 Zie *Kamerstukken I 2011/12*, 31 570, nr. 18 en 19; *Kamerstukken II 2011/12*, 31 570, nr. 22 (verslag van het voortgezette algemeen overleg dat plaatsvond op 23 mei 2012 (via www.tweedekamer.nl)).

11 Meest recent: *Kamerstukken II 2010/11*, 32 334, nr. 5.

12 *Kamerstukken II 2003/04*, 29 614, nr. 2.

13 Bijv. de Commissie grondrechten in het digitale tijdperk (die rapporteerde in 2000) en de Staatscommissie Grondwet (*Kamerstukken II 2010/11*, 31 570, nr. 17 (bijlage)).

14 W. Konijnenbelt, ‘Grondwetsinterpretatie door de Raad van State: wetgevingsadvisering en grondwetsbepalingen in de Grondwet’, in: *Rechter en Wetgever*, Nijmegen: WLP 2008; J. de Poorter en M. van Roosmalen, *Rol en betekenis van de Grondwet. Constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2010.

rechtenverdrag.¹⁵ Alle Nederlandse rechters maken met enige regelmaat gebruik van deze bevoegdheid, al kiezen zij daarbij zelden de vorm van het daadwerkelijk buiten toepassing laten.¹⁶ Meestal geven zij de voorkeur aan verdragsconforme interpretatie of kiezen zij andere oplossingen om een verdragsconform resultaat te bereiken.¹⁷ In de rechtspraak over fundamentele rechten valt op dat het EVRM en in mindere mate ook het IVBPR een veel belangrijkere rol spelen dan de Grondwet. Dat geldt ook voor die gevallen waarin art. 120 Grondwet niet in de weg staat aan een toetsing aan de Grondwet, zoals in bestuursrechtelijke zaken over bestuursbesluiten.¹⁸ Recent onderzoek laat zien dat dit vooral verband houdt met de inhoudelijke meerwaarde die de meeste verdragsrechtelijke grondrechtenbepalingen bieden boven de Grondwet.¹⁹ De verdragsbepalingen zijn vaak ruimer of preciezer geformuleerd en bevatten beperkingscriteria die zich goed lenen voor rechterlijke toetsing.

2.3. Ontwikkelingen

De afgelopen jaren hebben zich verschillende ontwikkelingen voorgedaan die het systeem van grondrechtenbescherming in Nederland kunnen veranderen, maar die het voor de toekomst met onzekerheid omgeven. Zo was er de kritische houding van het (ten tijde van schrijven van deze bijdrage demissionaire) kabinet-Rutte ten aanzien van de grondrechtenbescherming onder het EVRM.²⁰ Deze houding, die ook door verschillende fracties in de Tweede Kamer werd uitgedragen, zou effect kunnen hebben voor de wijze waarop de grondrechten binnen Nederland en in Europa worden beschermd. Er waren bijvoorbeeld initiatieven om de toegang tot het EHRM voor individuele klagers te beperken en er wordt een initiatiefvoorstel voorbereid om de werking van art. 93 en 94 Grondwet te beperken.²¹ Vooral dankzij discussies in de Eerste Kamer is de inbreng van Nederland in de discussie over de toekomst van het EHRM echter milder geworden.²² Het is af te wachten hoe de nieuw te kiezen

Tweede Kamer en het nieuw samen te stellen kabinet in deze discussie zullen staan.

Een belangrijke ontwikkeling van het afgelopen jaar is verder de omvorming van de Commissie gelijke behandeling tot een College voor de Rechten van de Mens.²³ Naast de oordelende functie in zaken over ongelijke behandeling heeft dit College een belangrijke adviserende en voorlichtende taak waar het gaat om kwesties op breed grondrechtelijk terrein. Nederland heeft er daarmee een potentieel belangrijke grondrechtelijke speler bij gekregen.

Ten slotte kan hier nog de tendens worden gesignaleerd in politieke kringen en in het publieke debat om aan te dringen op een behoudende rol voor de rechter in de gevoelige kwesties²⁴ die grondrechtenkwesties vaak zijn.²⁵ Ook is een trend waarneembaar om gevoelige kwesties niet langer in termen van grondrechten te willen vatten. Opvallend genoeg lijkt in de rechtspraak een tegengestelde ontwikkeling merkbaar: grondrechten worden zeker niet minder dan voorheen ingeroepen door partijen.²⁶ Discussies over grondrechten worden er daardoor niet eenvoudiger op.

3. Grondrechten, rechtsbeginselen en horizontale werking

3.1. Grondrechten en rechtsbeginselen

In Nederland wordt vrij algemeen aangenomen dat grondrechten zoals ze in de Grondwet, het EVRM en het EU-Handvest zijn geformuleerd, bedoeld zijn om burgers te beschermen tegen de overheid.²⁷ Toch kunnen deze grondrechten ook een belangrijke betekenis hebben in het privaatrecht. In dat verband wordt wel gesteld dat grondrechten een specifieke uitdrukking vormen van algemene rechtsbeginselen die aan het rechtssysteem als

15 Zie HR 3 maart 1919, *NJ* 1919, 371 (*Grenstractaat Aken*).

16 Zie J. de Wit, *Artikel 94 Grondwet toegepast* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom 2012.

17 Idem.

18 Voor een nadere analyse, zie J.H. Gerards, 'Rechtsvinding in grondrechtzaken', in: L. de Groot en H. den Tonkelaar, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, te verschijnen.

19 Idem.

20 Zie brief van 3 oktober 2011 m.b.t. het EVRM-beleid (*Kamerstukken I* 2011/12, 32 500, nr. V en Y).

21 Zie stenografisch verslag Algemeen Overleg op 11 april 2012 (*Kamerstukken II* 2011/12, 31 570, nr. 22).

22 Zie stenografisch verslag van het Eerste Kamer-debat over het EHRM en de motie-Franken (*Kamerstukken I* 2011/12, 31 570, nr. 18 en 19).

23 *Sib.* 2011, 573; zie verder *Kamerstukken* 32 467; nader hierover: J.E. Goldschmidt, 'De Wet College voor de rechten van de mens', *TvCR* 2012-2, p. 180.

24 Zie bijv. J.K. Wiebenga e.a., *Onbetwistbaar recht? Juridisering en het evenwicht tussen rechtsstaat en democratie*, Den Haag: Teldersstichting 2012.

25 Denk ook aan het commentaar van André Rouvoet ('Het moet niet gekker worden') naar aanleiding van de uitspraak van het Hof 's-Gravenhage dat het kraakverbod in strijd was met het EVRM, mondelinge vragen 9 november 2010, *Handelingen II* 2010/11, 19.

26 Dat is in ieder geval zo voor het EU-Handvest; zie A. Pahladsingh en H.J.Th.M. van Roosmalen, 'Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie twee jaar juridisch bindend: rechtspraak in beweging?', *NTER* 2012, p. 56. Over deze trend op veel grotere schaal zie M. Ignatieff, *The Rights Revolution*, House of Anansi Press 2000; Ch.R. Epp, *The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, The University of Chicago Press 1998. In de context van de EU, en met een bijzondere aandacht voor de handhaving van grondrechten zie M. Dawson, E. Muir en M. Claes, 'Enforcing the EU's Rights Revolution: the Case of Equality', *European Human Rights Law Review* 2012, p. 276.

27 Weliswaar liet de grondwetgever in 1983 enige ruimte om grondrechten ook in horizontale verhoudingen enige werking te geven (*Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 15), maar directe doorwerking van grondwettelijke en EVRM-bepalingen zelf in horizontale rechtsverhoudingen is niet echt geaccepteerd; zie bijv. J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 2003, p. 12. Zie echter H. Nieuwenhuis, 'Fundamental Rights Talk – An enrichment of legal discourse in private law?', in: T. Barkhuysen en S.D. Lindenbergh (red.), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 1.

geheel ten grondslag liggen.²⁸ Er bestaat immers geen duidelijke scheidslijn tussen rechtsbeginselen en grondrechten: ze kunnen vergelijkbare doelen dienen en zijn in belangrijke mate complementair. Beide kunnen bepaalde belangen beschermen tegen inbreuken door publieke of private actoren. Zowel grondrechten als rechtsbeginselen zijn bovendien deels gecodificeerd, maar deels ook ongeschreven. Grondrechten en rechtsbeginselen kunnen in alle rechtsgebieden doorwerking krijgen, al gebeurt dat steeds op een verschillende manier, passend bij de aard van het rechtsgebied en de aard van de verhouding of gedraging die daarin wordt gereguleerd.

Dat de door de Grondwet of in verdragen neergelegde grondrechten in het bestuursrecht rechtstreeks kunnen worden ingeroepen ligt voor de hand, nu het in bestuursrechtelijke verhoudingen veelal gaat om bescherming van de burger tegen de staat. Daarnaast kunnen algemene rechtsbeginselen, vooral in de vorm van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, een toegevoegde bescherming opleveren, bijvoorbeeld door de werking van het proportionaliteitsbeginsel (art. 3:4 Algemene wet bestuursrecht) of het rechtszekerheidsbeginsel.²⁹ In het bestuursrecht is daardoor sprake van complementariteit van grondrechtenbepalingen en rechtsbeginselen. Ditzelfde geldt voor het strafrecht. Ook hier zijn de grondrechtenbepalingen inroepbaar en kan daarnaast beroep worden gedaan op algemene beginselen.³⁰ Ongeschreven beginselen van behoorlijk procesrecht, het subsidiariteitsbeginsel en het *lex certa*-beginsel kunnen van grote betekenis zijn.³¹

3.2. Horizontale werking

In het algemeen wordt aangenomen dat grondrechtenbepalingen niet *als zodanig* kunnen worden ingeroepen tegenover private partijen.³² Juist in het privaatrecht hebben de ongeschreven beginselen daarom bijzondere betekenis. De belangen die in verticale verhoudingen grondrechtelijk beschermd zijn in grondwettelijke en verdragsrechtelijke bepalingen, krijgen in horizontale verhoudingen bescher-

ming via algemene beginselen en via een ‘grondrechtelijke’ interpretatie van open normen zoals die van redelijkheid en billijkheid, goed werkgeverschap en onrechtmatigheid. Behalve via open normen en via vertaling in wetgeving, zoals de Algemene wet gelijke behandeling,³³ is doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen nog op een derde manier mogelijk. Het kan voorkomen dat een privaatrechtelijke rechtsverhouding wordt beheerst door een wettelijke bepaling die de rechter in strijd acht met een grondrechtenbepaling, bijvoorbeeld uit het EVRM of het EU-Grondrechtenhandvest.³⁴ Een particulier roept dan in een horizontale verhouding een grondrecht in om de wet aan te vechten die de horizontale verhouding reguleert, om vervolgens bijvoorbeeld een contractuele verplichting ongeldig te laten verklaren.³⁵ Op dit moment woedt een hevige discussie over twee uitspraken van het HvJ EU die betrekking hebben op de werking van het discriminatieverbod in horizontale rechtsverhoudingen: *Mangold*³⁶ en *Küçükdeveci*.³⁷ Het is vaste rechtspraak van het HvJ EU dat bij incorrecte of ontbrekende omzetting, richtlijnbevestigingen in principe geen horizontale werking kunnen krijgen. Volgens het Hof heeft het algemene EU-beginsel van non-discriminatie onder omstandigheden echter wel werking in horizontale rechtsverhoudingen, onafhankelijk van de richtlijnen waarin het beginsel nader wordt gepreciseerd. De rechter dient nationale wetgeving te toetsen op verenigbaarheid met het beginsel, en een particulier kan zich in een horizontaal conflict op het algemene beginsel beroepen om de rechtmatigheid van de onderliggende wet aan te vechten.

De Nederlandse regering heeft voor het HvJ EU bepleit om de doorwerking van het discriminatieverbod beperkt te laten zijn, omdat een uitspraak in die richting niet zou corresponderen met de welbewuste keuzes van de EU-wetgever.³⁹ Ook achtte de regering de doorwerking controversieel vanuit het perspectief van de bevoegdheidsverdeling tussen nationale en EU-autoriteiten en vanuit het perspectief van rechtszekerheid. In de recentere zaak *Dominguez*,⁴⁰ waarin de advocaat-generaal voorstelde om

28 Bijv. J. Smits, ‘Private law and fundamental rights: a sceptical view’, in: T. Barkhuysen en S.D. Lindenbergh (red.), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 9-22; J.H. Gerards, ‘Beginselrecht “in de regel” – over de juridische meerwaarde van het vastleggen van algemene rechtsbeginselen’, in: R. Schlössels e.a. (red.), *In de regel*, Nijmegen: WLP 2012, p. 19-38.

29 Zie o.a. J.H. Gerards, ‘Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 73-113; zie meer algemeen G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1999.

30 P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 49 en 169 en G.J.M. Corstens en M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 29-54.

31 Idem.

32 Zie de in noot 29 aangehaalde bronnen.

33 Vgl. Smits 2006.

34 A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser’s handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 222.

35 Zie Asser/Hartkamp 2011 (3-1*), p. 223 en 232. In het personen- en familierecht zijn vanzelfsprekend wel diverse voorbeelden aan te treffen, maar daar is veelal geen sprake van effecten op een op de wet gebaseerde contractuele relatie. Zie over dit onderwerp nader De Wit 2012.

36 HvJ EG 22 november 2005, zaak C-144/04 (*Mangold*), *Jur.* 2005, p. I-9981.

37 HvJ EU 19 januari 2010, zaak C-555/07, n.n.g.

38 Er zijn verschillende commentaren in het Nederlands verschenen op de uitspraken; zie o.a. A.G. Veldman, ‘Communautaire beschermingsbeginselen en de gevolgen voor het nationaal arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsbeleid’, *ArA* 2006-3, p. 78-100; H. De Waele en I. Kieft, ‘De doorwerking van richtlijnen en algemene beginselen van EU-recht’, *NTER* 2010-5, p. 70-78; C.H. Sieburgh, *Legitimitéit van de confrontatie van Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine*, Preadvies NJV 2011, Deventer: Kluwer 2011, p. 187-242.

39 Dit gebeurde in zaak C-427/06 (*Bartsch*), *Jur.* 2008, p. I-7245; zaak C-411/05 (*Palacios de la Villa*), *Jur.* 2007, p. I-8531 en in *Küçükdeveci*, reeds aangehaald.

40 HvJ EU 24 januari 2012, zaak C-282/10, n.n.g.

de *Mangold-Küçükdeveci*-lijn door te trekken naar andere fundamentele rechten dan het discriminatieverbod,⁴¹ intervenieerde de Nederlandse regering met een pleidooi om de werking in horizontale verhoudingen te beperken.⁴² De toekomst van de Europese doctrine is echter nog onzeker: in *Dominguez* heeft het Hof van Justitie geen duidelijke uitspraak gedaan over de *Mangold-Küçükdeveci*-lijn en de horizontale werking van EU-grondrechten en het Handvest.

4. Botsingskwesaties in de veellagige rechtsorde

4.1. Algemene omgang met botsingskwesaties

Botsingen tussen fundamentele rechten zijn vrijwel onvermijdelijk, net als botsingen tussen fundamentele rechten en andere rechten, zoals de fundamentele vrijheden van de EU. Alle in par. 2 genoemde actoren krijgen in de praktijk met enige regelmaat met dergelijke botsingskwesaties te maken.

Allereerst zal de wetgever zich meestal in algemene en abstracte zin moeten buigen over botsingskwesaties, bijvoorbeeld wanneer hij in een wettelijke bepaling een beperking van een grondrecht wil vastleggen met het oog op de bescherming van grondrechten van anderen of voor de bescherming van andere belangen.⁴³ Daarbij wordt aangenomen dat er geen voorafgaand vastgestelde hiërarchie bestaat tussen grondrechten onderling. Per geval wordt bekeken of een bepaald grondrecht, voor de context waarvoor de wetgeving is bedoeld, zwaarder moet wegen dan een ander (grond)recht.⁴⁴

Is wetgeving eenmaal aangenomen, dan zullen bestuursorganen de daarin neergelegde afwegingen veelal eenvoudig kunnen toepassen. Dit is anders als de wetgever het bestuursorgaan beleidsvrijheid of beoordelingsvrijheid heeft toegekend als het gaat om botsingskwesaties. Het is dan aan het bestuursorgaan zelf om een goede afweging van grondrechten te maken met inachtneming van de relevante bepalingen in Grondwet en verdragen.

Tot slot krijgt de Nederlandse rechter regelmatig te maken met botsingskwesaties. De omgang daarmee is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De precieze manier waarop belangen worden gekwalificeerd en gewogen is afhankelijk van de aard van het onderliggende conflict.⁴⁵ Is dat horizontaal, dan zal in de regel de in par.

3.1 beschreven vertaling van grondrechten naar privaatrechtelijke belangen plaatsvinden.⁴⁶ In verticale verhoudingen zal de rechter nagaan of de gewraakte grondrechtenbeperking voldoende wordt gerechtvaardigd door de wens tot bescherming van een ander grondrecht of zwaarwegend maatschappelijk belang.⁴⁷ Toetst de rechter aan het EVRM, dan zal hij de grondrechtenbotsing daarbij primair beoordelen aan de hand van de in het EVRM neergelegde vereisten van een gerechtvaardigd doel, een dwingende maatschappelijke noodzaak om dit doel door middel van de gemaakte grondrechteninbreuk te bereiken, en een redelijke mate van proportionaliteit tussen doel en inbreuk.⁴⁸ Wanneer zich een conflict voordoet tussen een grondrecht en één van de vier vrijheden, valt de zaak binnen het toepassingsgebied van het EU-recht en zal de rechter de zaak op basis van de in de rechtspraak van het HvJ uitgewerkte vereisten van geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit beoordelen.⁴⁹ Ten slotte wordt de afweging door de rechter soms gestuurd door wetgeving, zoals de Algemene wet gelijke behandeling of het Wetboek van Strafrecht, die speciaal bedoeld is om nadere uitwerking te geven aan grondrechten als het discriminatieverbod of de vrijheid van meningsuiting – zie daarover par. 4.2.

Bij hun toetsing in publiekrechtelijke botsingskwesaties verwijzen Nederlandse rechters vaak naar de Straatsburgse *margin of appreciation*-doctrine om te rechtvaardigen dat zij strikter of marginaler de gemaakte belangenafweging toetsen.⁵⁰ Dit is lang niet in alle gevallen terecht, nu de doctrine van het EHRM bedoeld is om de relatie tussen de nationale rechtsorde en de eigen rechtsmacht te reguleren en deze voor de verhoudingen binnen de nationale rechtsorde eigenlijk niet relevant is. Zeker waar het EHRM een ruime *margin of appreciation* laat, zou de Nederlandse rechter zelf de intensiteit moeten bepalen, zonder zich daarbij te spiegelen aan de Straatsburgse opstelling.

4.2. Botsingskwesaties en wetgeving

Wetgeving als de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) is interessant als het gaat om de omgang met botsingskwesaties en om constitutionele taakverdeling. In de AWGB heeft de wetgever voor een aantal situaties (arbeidsrechtelijke kwesaties; zaken op het terrein van dienstverlening) duidelijk gemaakt hoe het discriminatie-

41 Zie conclusie A-G Trstenjak van 8 september 2011, zaak C-282/10.

42 Idem, punt 39-34.

43 Zie het Integraal Afwegingskader Beleid en Wetgeving, 'Checklist toetsing (internationale) (klassieke) grondrechten' (<http://afweging.kc-wetgeving.nl/Afwegingsdossier/demo/dossier/kenmerken>, waarin de materiële criteria zijn vastgelegd voor een 'fundamentele rechten check').

44 Nota Grondrechten in een Pluriforme Samenleving (2004), www.archive.org/details/NotaGrondrechtenInEenPluriformeSamenleving.

45 Zie de bijdragen aan het themanummer 'Belangenafweging', *RMThemis* 2006-4.

46 Zie J.M. Smits, 'Belangenafweging door de rechter in het vermogensrecht: een kritische beschouwing', *RMThemis* 2006-4, p. 134-140.

47 Gerards 2012.

48 Enkele voorbeelden: Hof Amsterdam 13 oktober 2009, *LJN* BK0003; HR 18 september 2009, *LJN* BI7191; Hof Amsterdam 8 maart 2011, *LJN* BP6989. In de praktijk blijkt de rechter hier overigens slordig mee om te springen; zie Gerards 2012.

49 Zie voor deze toetsingsmaatstaven bijv. J.H. Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 73-113.

50 Zie N. Jak en J. Vermont, 'De Nederlandse rechter en de *margin of appreciation*', *NTM/NJCM-Bulletin* 2007, afl. 32-2, p. 125 en zie Gerards 2012.

verbod zich verhoudt tot een aantal andere grondrechten.⁵¹ Uitgangspunt is dat onderscheid op een aantal gronden is verboden, maar op dit verbod is een aantal uitzonderingen geformuleerd met het oog op de bescherming van grondrechten zoals het recht op privacy of de vrijheid van richting. Deze uitzonderingen zijn limitatief geformuleerd en laten de rechter (en de Commissie gelijke behandeling (CGB)) geen ruimte voor nadere afweging. Deze keuze van de wetgever is vaak bekritiseerd.⁵² Zo is gesteld dat de uitzonderingsbepaling voor instellingen op bijzondere grondslag om onderscheid te maken op grond van godsdienst of politieke gezindheid te ruim is geformuleerd.⁵³ Daarnaast blijkt uit wetsevaluaties dat de wetgever niet alle relevante uitzonderingsmogelijkheden in 1994 onder ogen heeft gezien.⁵⁴ Niet voor niets heeft de CGB in haar oordelen de scherpe randjes van de AWGB afgeslepen.⁵⁵ In 2011 benadrukte zij dat de AWGB zelf bij strijd met een rechtstreeks werkende verdragsbepaling buiten toepassing moet blijven.⁵⁶ Zou het strikte discriminatieverbod van de AWGB bijvoorbeeld in strijd komen met de door het EVRM beschermde vrijheid van meningsuiting, dan kan de CGB voorrang geven aan het EVRM.

Dit laat zien dat het voorafgaand en in algemene zin maken van afwegingen van grondrechten door de wetgever weliswaar mogelijk is, maar dat het grenzen kent. Het Nederlandse systeem van verdragsrechtelijke bescherming van grondrechten houdt ook in dat de rechter de keuze van de wetgever kan toetsen, en blijft zorgen voor de benodigde mate van concretisering en flexibiliteit.

4.3. Botsingskwesities en de veellagige rechtsorde

Een bijzondere botsingsvraag die zich kan voordoen, is tot slot die wat er moet gebeuren wanneer een nationale grondrechtenbepaling enerzijds en een bepaling van internationaal of EU-recht anderzijds met elkaar conflicteren. In dat geval wordt voorrang gegeven aan de internationale of EU-bepaling. Anders dan in sommige andere Europese landen bestaat niet de regel dat wezenlijke beginselen van de nationale Grondwet of grondwettelijke

grondrechten een grens kunnen stellen aan de doorwerking van internationaal of Europees recht. Nederland is daarmee vrij trouw aan het internationale recht waar het gaat om de implementatie daarvan. Weliswaar is er vaak discussie over de doorwerking, maar uiteindelijk leggen de nationale autoriteiten zich bij de Europese en internationale eisen neer. Een voorbeeld zijn de strikte terugvorderingseisen die bij staatssteun vanuit de EU worden gesteld en die conflicteren met het voor Nederland belangrijke rechtszekerheidsbeginsel, maar waaraan de Nederlandse rechter zich uiteindelijk toch heeft geconformeerd.⁵⁷ Hoogstens zoeken de Nederlandse rechter en wetgever daarbij soms de grenzen op. Zo heeft de Hoge Raad weliswaar uitvoering gegeven aan de *Salduz*-uitspraak van het EHRM⁵⁸ (over de toegang tot een advocaat in het kader van het politieverhoor) en is hierover wetgeving in voorbereiding, maar in beide gevallen wordt volstaan met een tamelijk minimalistische uitleg van de uitspraak.⁵⁹

5. De betekenis van het EU-Grondrechtenhandvest voor Nederland

5.1. Ontvangst

Het EU-Grondrechtenhandvest is in Nederland nogal gemengd ontvangen. Enerzijds is het enthousiast onthaald als een soort EVRM-plus, een grondrechteninstrument dat vollediger en actueler is dan de tot 2000 bestaande grondrechteninstrumenten.⁶⁰ Anderzijds is de daadwerkelijke betekenis van het instrument voor het Neder-

51 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 6-7 en 15 en *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. B, p. 2.

52 Zie bijv. M.L.P. Loenen, 'Het afwegingskader van de AWGB bij botsende gelijkheidsrechten' en R. de Lange, 'Knelpunten in het gesloten stelsel', beide in: CGB, *Derde evaluatie AWGB, WGB m/v en artikel 7:646 BW*, Utrecht: CGB 2011, bijlagen 2 en 3; zie ook J.H. Gerards, 'Nieuwe ronde, nieuwe kansen: naar een "semi-open" systeem van gelijkebehandelingswetgeving?', *NTM/NJCM-Bulletin* 2011, afl. 36-2, p. 144-158.

53 Voor recente overzichten van de ontwikkelingen en de kritiek, zie R. Nehmelman, 'De Europese Kaderrichtlijn Arbeid en artikel 23 Grondwet', *TvCR* 2011-4, p. 425-430 en G.Th. Terpstra, 'De veelzijdige werkelijkheid achter het "enkele feit". Pleidooi voor fundamentele doordenking van alternatieven voor de "enkele feitconstructie" in het gelijkebehandelingsrecht', *NTM/NJCM-Bulletin* 2011, afl. 36-2, p. 215-225. Ook de Europese Commissie heeft zich kritisch getoond; zie de ingebrekestelling van 31 januari 2008, nr. 2006/2444 (via www.cgb.nl).

54 Zie bijv. M.L.M. Hertogh en P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: WLP 2007.

55 Zie oordeel 2006-20, r.o. 5.11; vgl. ook oordelen 2006-55 en 2007-85 en eerder (in een *obiter dictum*) oordeel 2005-155. Zie ook CGB, *Het verschil gemaakt. Evaluatie AWGB en werkzaamheden CGB 1999-2004*, Utrecht 2005, p. 36.

56 Oordeel 2011-69; zie nader A. Terlouw, 'De CGB en de algemene mensenrechtentoets', *NTM/NJCM-Bulletin* 2011, afl. 36-7, p. 656-671.

57 Zie voor dit voorbeeld W. den Ouden, *De terugvordering van Europese subsidies in Nederland* (oratie Leiden 2008), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009 en J.E. van den Brink, 'Europese grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel', in: *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen?*, Preadviezen Jonge VAR 2010, Den Haag: Boom 2010.

58 EHRM (Grote kamer) 27 november 2008, nr. 36391/02 (*Salduz/Turkije*).

59 De beperking zit hem vooral in het feit dat genoegen wordt genomen met contact met de raadsman voorafgaand aan het verhoor; de advocaat hoeft niet tijdens het verhoor aanwezig te zijn. De EHRM-uitspraak zelf is onduidelijk over de vraag in welk stadium precies bijstand moet worden geboden. Zie HR 30 juni 2009, *LJNBH3079* en www.rijksoverheid.nl/nieuws/2011/04/18/rechtsbijstand-tijdens-politieverhoor.html en zie nader F.P. Ölçer, 'Schrapping van de rechtmatigheidstoetsing eerste termijn in verzekeringstelling in het wetsvoorstel Rechtsbijstand en politieverhoor. Een mensenrechtelijke *quid pro quo*, of: de keerzijde van vroeger rechtsbijstand?', *NTM/NJCM-Bulletin* 2011, afl. 36-5, p. 561-574.

60 Advies Raad van State bij het wetsvoorstel voor een consultatief referendum over de Europese Grondwet, *Kamerstukken II* 2002/03, 25 885, nr. A.

landse recht in twijfel getrokken.⁶¹ Het Handvest werkt immers slechts door in die gevallen waarin uitvoering wordt gegeven aan het EU-recht.⁶² De sociale grondrechten en beginselen, die de meest zichtbare toevoeging vormen in vergelijking tot het EVRM, hebben slechts beperkte betekenis, nu de rechter er niet zelfstandig aan kan toetsen.⁶³ Toch wordt de betekenis van het Handvest aanzienlijk geacht, vooral omdat wordt verwacht dat het Handvest met zich zal brengen dat het HvJ EU zich actiever met grondrechtenkwesies zal gaan inlaten. Deze ontwikkelingen worden met enige terughoudendheid bezien.⁶⁴

5.2. Toepassing door rechter en wetgever

Voor de rechtspraktijk in Nederland is de toegevoegde waarde van het Handvest vooralsnog beperkt gebleven. Wel is duidelijk dat het verbindend worden van het Handvest een zeker effect heeft gehad.⁶⁵ Waar tot 2009 het Handvest helemaal niet is terug te vinden in rechtspraak op het terrein van het burgerlijk recht en het strafrecht, en maar in beperkte mate in het bestuursrecht,⁶⁶ blijkt het instrument na 1 december 2009 met enige regelmaat te worden ingeroepen. Uit de *quickscan* die wij uitvoerden voor de periode van 1 december 2009 tot 1 augustus 2011 blijkt dat het Handvest in 69 zaken is genoemd.⁶⁷ Een nadere analyse van deze uitspraken laat echter zien dat in de grote meerderheid van zaken het Handvest geen rol van betekenis speelt. Meestal wordt het slechts genoemd 'voor de volledigheid' of wordt een bevestiging van een al bekende verdragsinterpretatie gevonden in het bestaan van een gelijkkluidende Handvestbepaling. Slechts in een beperkt aantal zaken gaat de rechter werkelijk in op de inhoud van de klacht aan de hand van de Handvestbepaling.

Voor wetgeving en voor de advisering door de Raad van State heeft het Handvest eveneens een grotere betekenis gekregen sinds het bindend is geworden, ook al is de werkelijke meerwaarde (nog) beperkt. De Raad van State heeft in verschillende adviezen naar het Handvest verwezen, al gebeurt dat – net als in de rechtspraak – vaak vooral voor de volledigheid of ter bevestiging van een grondrechteninterpretatie die op basis van andere bepalingen al kan worden gegeven.⁶⁸ Van een systematische controle op conformiteit van wetgeving met het EU-

Handvest (waar dit van toepassing is), is momenteel nog geen sprake.

5.3. Onduidelijkheid

Bij de toepassing van het Handvest blijkt er bij nationale rechters soms onduidelijkheid te bestaan over de toepassingsvoorwaarden. Zo wordt af en toe naar het Handvest verwezen terwijl de zaak puur op nationaal recht betrekking heeft.⁶⁹ De meeste rechters blijken zich echter bewust te zijn van de beperkingen, bijvoorbeeld doordat zij direct of indirect verwijzen naar art. 51 lid 1 van het Handvest, waarin staat vermeld dat het slechts van toepassing is op handelen van lidstaten voor zover het daarbij gaat om uitvoering van het EU-recht.⁷⁰ De samenloop van EU-Handvest en EVRM leidt tot nu toe niet tot problemen. Rechters verwijzen op dit punt niet expliciet naar art. 52 lid 3, waarin staat vermeld dat Handvestbepalingen die corresponderen met EVRM-bepalingen zo veel mogelijk moeten worden uitgelegd in overeenstemming met de rechtspraak van het EHRM. Bij samenloop past de rechter veelal gewoonweg het EVRM toe, zonder uitgebreid in te gaan op de corresponderende Handvestbepaling.⁷¹

5.4. Meerwaarde

In beperkte omstandigheden is er meerwaarde gelegen in het toetsen aan het Handvest. Dit geldt vooral voor het recht op de toegang tot de rechter in het immigratie- en asielrecht. Dit is een onderwerp dat duidelijk binnen de reikwijdte van het EU-recht valt en waarop het Handvest meestal van toepassing is. Bovendien gaat het hier om een kwestie waarbij het Handvest meer rechtsbescherming biedt dan het EVRM, nu art. 47 Handvest, anders dan art. 6 EVRM, zich ook uitstrekt tot het vreemdelingenrecht. Daardoor kon de Afdeling bestuursrechtspraak de hoogte van het griffierecht voor een beroep tegen ongewenstverklaring onverenigbaar achten met art. 47 Handvest, terwijl een soortgelijke toetsing aan art. 6 EVRM niets had opgeleverd.⁷²

61 Advies Raad van State bij het voorstel tot goedkeuring van het Verdrag van Lissabon, *Kamerstukken II 2007/08*, 31 384 (R 1850), nr. 4.

62 Zie art. 52 lid 1 EU-Handvest.

63 Art. 52 lid 5 EU-Handvest.

64 Zie Claes 2009, p. 64, met verwijzingen.

65 Voor een overzicht zie Pahladsingh en Van Roosmalen 2011; Pahladsingh en Van Roosmalen 2012, p. 56.

66 Zie ABRvS 1 december 2010, *LJN BO5710*; ABRvS 1 december 2010, 201003052/1/V3, *AB* 2011, 64, m.nt. Barkhuysen & Bos; ABRvS 23 februari 2011, *LJN BP5479*, *AB* 2011, 117, m.nt. Barkhuysen & Bos. Zie ook K. Mortelmans, 'Het Handvest van de grondrechten van de EU in de Europese en Nederlandse rechtspraak', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Geschakeld recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 379-397.

67 Zoektocht op www.rechtspraak.nl met trefwoorden 'Handvest' en 'grondrechten', vervolgens gecontroleerd op daadwerkelijke verwijzing naar het EU-Handvest; straf-, civiel en bestuursrecht, zowel hoogste als lagere rechters.

68 Bijv. *W01.10.0550/I*, advies van 17 december 2010 en *W13.10.0025/I*, advies van 22 april 2010.

69 Rb. Almelo 8 juli 2010, *LJN BN1369*; Hof Arnhem 13 mei 2011, *LJN BQ4476*. Zie nader Pahladsingh en Van Roosmalen 2011, p. 54-61.

70 CRvB 13 mei 2011, *LJN BQ4763*; ABRvS 15 juli 2011, *LJN BR3850*; ABRvS 19 juli 2011, *LJN BR3782*; Rb. 's-Gravenhage 14 juli 2011, *LJN BR1625*.

71 Iets uitgebreider: ABRvS 14 juli 2011, *LJN BR3771*; ABRvS 15 juli 2011, *LJN BR3850*; Rb. Amsterdam 22 oktober 2010, *LJN BO1448*.

72 ABRvS 4 juli 2011, *LJN BR1257*. Overigens heeft het HvJ EU zich inmiddels ook erg kritisch getoond over de hoogte van de leges in het immigratierecht; mogelijk vloeien daaruit nog nieuwe zaken voort die ook via het Handvest kunnen worden afgedaan. Zie HvJ EU 26 april 2012, zaak C-508/10 (*Commissie/Nederland*), *EHRC* 2012, 124, m.nt. Terlouw.

6. De verhouding tussen EVRM en EU en de gevolgen daarvan voor Nederland

6.1. De toetredingsdiscussie

Hoewel al lang wordt gestreefd naar toetreding van de EU tot het EVRM, zijn de onderhandelingen daarover nog steeds gaande. De Nederlandse positie in de discussie over toetreding is een complexe. Enerzijds heeft de Nederlandse regering de toetreding van de EU tot het EVRM altijd ondersteund, maar anderzijds heeft zij steeds gewaarschuwd voor de procedurele ingewikkeldheden die daarmee gepaard gaan.⁷³ In relatie tot de recente discussies over de toekomst van het EHRM, heeft de regering haar steun voor toetreding uitgesproken, maar benadrukte zij een aantal belangrijke voorwaarden: toetreding zou geen aantasting mogen vormen van de competentieverdeling tussen de EU en de lidstaten en het Hof van Justitie moet de mogelijkheid krijgen om zich over interpretatiekwesie rondom het EU-recht uit te spreken voordat het EHRM daarover uitspraak doet.⁷⁴ Bovendien zou de EU een positie in het Comité van Ministers van de Raad van Europa moeten innemen die gelijkwaardig is aan die van de huidige verdragspartijen. De regering benadrukte dat zij pas zou instemmen met toetreding als het gehele pakket van voorwaarden daarvoor bekend is, zowel waar het gaat om het concepttoetredingsakkoord als waar het gaat om de interne regels voor de EU.

Er zijn zeker nadelen verbonden aan de toetreding. In de literatuur wordt erop gewezen dat de toetreding niet in algemene zin zal leiden tot een hoger niveau van grondrechtenbescherming, maar wel tot toegenomen complexiteit.⁷⁵ De procedures worden ingewikkelder en vermoedelijk langer en kostbaarder, terwijl de werklast van de beide Hoven zal toenemen.

Voordelen zijn er echter ook. Wordt de toetreding uiteindelijk een feit, dan kunnen individuele rechtzoekenden klachten bij het EHRM indienen tegen vermeende EVRM-schendingen door de EU-instellingen. Ook wordt de verantwoordelijkheidsverdeling bij grondrechtenschendingen die het gevolg zijn van tenuitvoerlegging en implementatie van EU-recht duidelijker. Blijkens het concepttoetredingsakkoord wordt in die gevallen verzekerd

dat zowel de lidstaten als de EU in de procedure bij het EHRM betrokken kunnen zijn.⁷⁶

Nu Nederland actief heeft geparticipeerd in de onderhandelingen over het toetredingsakkoord die in het afgelopen jaar hebben plaatsgevonden, heeft het de mogelijkheid gehad om deze punten rechtstreeks in te brengen. Sinds september 2011 zijn de onderhandelingen over het toetredingsakkoord door allerlei omstandigheden echter stil komen te liggen, al schijnen zij inmiddels weer op gang te zijn gekomen.⁷⁷ Hoe dan ook, het zal nog wel een tijd duren voordat de toetreding werkelijk wordt bewerkstelligd.

6.2. De Bosphorus-doctrine

Het EHRM heeft een ingewikkelde taak waar het gaat om klachten over grondrechten die hun oorsprong vinden in EU-recht. Het is duidelijk dat klachten die zijn gericht tegen het handelen van een van de EU-instellingen niet-ontvankelijk zijn, nu de EU internationaal niet aan het EVRM is gebonden.⁷⁸ Waar het gaat om tenuitvoerlegging van het EU-recht door de lidstaten ligt de zaak ingewikkelder. Dat geldt vooral voor de situaties waarin de lidstaten geen vrijheid hebben om zelf invulling te geven aan het EU-recht. Hebben zij die vrijheid wel, dan zijn zij er immers ten volle verantwoordelijk voor om die invulling verenigbaar te laten zijn met het EVRM.⁷⁹ Het EHRM heeft in de *Bosphorus*-uitspraak vooropgesteld dat die verantwoordelijkheid er ook is waar het gaat om tenuitvoerlegging zonder dat sprake is van bevoegdheidsoverdracht de EU in het leven hebben geroepen en zij moeten ervoor zorgen dat het handelen van de EU in overeenstemming is met internationale verplichtingen. Toch heeft het EHRM in deze situatie een grote tegemoetkoming betracht. De bekende *Bosphorus*-doctrine houdt kort gezegd in dat het EHRM aanneemt dat binnen de EU een niveau aan grondrechtenbescherming wordt geboden dat gelijkwaardig is aan dat van het EVRM. Daarom zal het alleen optreden in gevallen waarin de bescherming van EVRM-grondrechten manifest ontoereikend is.

Het gevolg van de *Bosphorus*-doctrine is dat het EHRM directe vormen van tenuitvoerlegging van EU-recht zelden inhoudelijk aan het EVRM zal toetsen; als het dat al doet,

73 Zie R.A. Lawson en H.R. Kranenborg, 'Grondrechten in de ontwerp-Grondwet van de Unie: Een mooi resultaat met curieuze trekjes', *NTM/NJCM-Bulletin* 2003, afl. 28-3.

74 Brief van 3 oktober 2011, *Kamerstukken I* 2011/12, 32 500, nr. V en Y, p. 8-9.

75 Zie de hiervoor genoemde bronnen en de daar opgenomen verwijzingen.

76 Zie CDDH-UE, 'Draft Agreement on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights', CDDH-UE(2011)16, 19 juli 2011; zie voor een Nederlandstalige analyse J.H. Gerards en L.R. Glas, 'De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het EVRM. Hiërarchie in een gelaagd systeem, of complementariteit in een pluralistische rechtsorde?', *Ars Aequi* 2012-5, te verschijnen; C. van de Heyning, 'De toetreding van de EU tot het EVRM: goede afspraken maken goede vrienden', *TvCR* 2012-3, te verschijnen.

77 CDDH, 'Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights', CDDH(2011)009, 14 oktober 2011, par. 11, 12 en 14.

78 EHRM 18 februari 1999 (Grote kamer), nr. 24833/94 (*Matthews/Verenigd Koninkrijk*), *JB* 1999, 63, m.nt. A.W. Heringa, *AB* 1999, 181, m.nt. I. Sewandono, *NJ* 1999, 515, m.nt. E.A. Alkema, par. 32. Zie recenter ook EHRM 20 januari 2009 (ontv.), nr. 13645/05 (*Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij e.a./Nederland*), *EHRC* 2009, 56, m.nt. M. Bulterman, *AB* 2009, 310, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *NJ* 2010, 266, m.nt. E.A. Alkema.

79 Vgl. C. Costello, 'The *Bosphorus* Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe', 6 *Human Rights Law Review* 2006, p. 87-130.

80 EHRM 30 juni 2005 (Grote kamer), nr. 45036/98 (*Bosphorus/Ierland*), *EHRC* 2005, 91, m.nt. M. Bulterman, *NTM/NJCM-Bulletin* 2005, afl. 30-7, p. 969, m.nt. R.A. Lawson, par. 159, 165, *AB* 2006, 273, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

dan is die toetsing bovendien uiterst terughoudend. Algemeen wordt aangenomen dat het EHRM deze doctrine heeft ontwikkeld om de relatie tussen het EU-recht en het EVRM op een passende manier vorm te geven. De doctrine gaat uit van een erkenning van het eigen, volgens het EHRM goed ontwikkelde EU-systeem van grondrechtenbescherming.⁸¹ Tegelijkertijd behoudt het EHRM de mogelijkheid om in te grijpen wanneer het EVRM te vergaand wordt aangetast.

Dit laat zien dat de *Bosphorus*-doctrine puur betrekking heeft op de verhouding tussen EU en EVRM. Des te opmerkelijker is het dat Nederlandse rechters af en toe naar de *Bosphorus*-doctrine verwijzen. Daarbij wordt soms op basis van *Bosphorus* aangenomen dat nationaal handelen dat in overeenstemming is met EU-recht, geacht moet worden ook in overeenstemming te zijn met het EVRM, zodat hoogstens nog een marginale toetsing van het nationale handelen aangewezen is.⁸² Dit is een onjuiste redenering: de nationale rechter is (anders dan het EHRM) volledig gehouden om te beoordelen of nationaal handelen in overeenstemming is met direct werkende internationale verdragsverplichtingen. Het feit dat een maatregel een EU-rechtelijke oorsprong heeft doet daaraan niet af. Het is juist omdat de nationale rechter daartoe verplicht blijft, eventueel in samenwerking met het Hof van Justitie, dat het EHRM zich op grond van de *Bosphorus*-doctrine terughoudend opstelt. Voor de nationale rechter is de *Bosphorus*-doctrine dan ook niet relevant.

7. Tot slot – een toekomstbeschouwing

Vooralsnog heeft het EU-Grondrechtenhandvest geen grote impact op het Nederlandse recht. Het Handvest werkt alleen binnen de toepassings sfeer van het EU-recht en het biedt de rechtzoekende nog niet bijzonder veel meerwaarde boven grondrechtenverdragen zoals het EVRM. Toch is niet ondenkbaar dat dit in de toekomst anders wordt. Dat komt dan echter niet zozeer door het Handvest zelf, als wel door een aantal andere ontwikkelingen. De EU beweegt zich steeds meer op terreinen die direct raken aan de positie van burgers en individuen, zoals het strafrecht en het vreemdelingenrecht. De EU is bovendien sinds het begin van de 21e eeuw heel actief geworden waar het gaat om het ontwikkelen van grondrechtenbeleid en het opstellen van regelgeving op het terrein van grondrechten. Gewezen kan worden op de richtlijnen waarmee het discriminatieverbod voor horizontale rechtsverhoudingen is uitgewerkt, op de EU-re-

gelgeving over grondrechten voor migranten en vluchtelingen, en op de voornemens om de rechten van verdachten en slachtoffers beter te beschermen. Ook biedt het EU-Verdrag, in het bijzonder art. 2 en 7, de EU-instellingen de mogelijkheid om mensenrechtenbeleid te voeren en lidstaten aan te spreken op tekortkomingen. Sinds kort is er een commissaris voor Justitie, grondrechten en burgerschap, en in 2010 heeft de Commissie een strategie voor de implementatie van het Handvest aangenomen.⁸³ Door dergelijke ontwikkelingen wordt de EU-component van de grondrechtenbescherming ook binnen de lidstaten aanzienlijk vergroot.

Voor Nederland zullen deze ontwikkelingen zeker consequenties hebben. De Nederlandse regering is daarover niet altijd even enthousiast geweest. In het bijzonder staat zij terughoudend tegenover ontwikkelingen die de bevoegdheden van de EU kunnen versterken en vergroten.⁸⁴ Ook heeft Nederland zich terughoudend getoond waar het ging om de instelling van het Grondrechtenagentschap (beter bekend onder de Engelse afkorting FRA, Fundamental Rights Agency), omdat de vrees bestond dat FRA zich te zeer zou gaan begeven op wat van oudsher het terrein van de Raad van Europa was.⁸⁵ Tegelijkertijd doen zich ook in Nederland nieuwe ontwikkelingen voor. Wij wezen er al op dat Nederlandse rechters en de Raad van State, hoewel nog terughoudend, toepassing zijn gaan geven aan het Handvest, soms ook in zaken die niet binnen het toepassingsgebied van het Unierecht lijken te liggen. Ook al leidt dat tot nu toe niet tot spectaculaire uitspraken, het is waarschijnlijk dat verdergaande toepassingen door het Hof van Justitie, in combinatie met de ruime toetsing aan het Handvest in Nederland, zullen leiden tot een grotere betekenis van het Handvest in de rechtspraktijk.

Voor de bescherming van de grondrechten in Nederland kan dit een wenselijke ontwikkeling worden gevonden, zeker gelet op de ontwikkelingen bij het EHRM. Het is bekend dat het EHRM aan effectiviteit dreigt in te boeten door de grote werkachterstanden en de lange duur van de procedure. Het is vanuit dat perspectief goed dat de draad van de individuele grondrechtenbescherming wordt opgepakt vanuit de EU. Tegelijkertijd vraagt het ontstaan van parallele systemen om afbakening en stroomlijning.⁸⁶ Op verschillende terreinen, maar vooral ook op het gebied van het asielrecht, dreigen ingewikkeldheden te ontstaan doordat het Luxemburgse en het Straatsburgse Hof op elkaar wachten om de eerste stap te zetten, of elkaar juist voorbijlopen om een nieuwe interpretatie te geven.⁸⁷ Zeker nu dit soort zaken potentieel een grote

81 Vgl. R.A. Lawson, 'Nationale rechter ontsnapt aan Luxemburgs/Straatsburgse sandwich', *NTM/NJCM-Bulletin* 2005, afl. 30-7, p. 969.

82 Zie bijv. CBB 23 april 2008, *LJN BD0646*, *AB* 2008, 233 (*Socopa*) en Rb. 's-Gravenhage (pres.) 23 juni 2009, *LJN BJ0893*.

83 COM(2010)573.

84 Zie bijv. *Kamerstukken* 2010/11, 32 317, nr. 63, p. 2.

85 Zie vooral *Kamerstukken I* 2005/06, 22 112, nr. O en *Handelingen I* 2005/06, 21-962; zie nader E. Jurgens, 'De machteloosheid van een nationaal parlement tegen de EU-stoomwals. Hoe de EU besloot tot oprichting van een Agentschap voor de Grondrechten in Wenen', *NJB* 2007-4, p. 225-226; M.J.M. Verhagen en F.C.G.M. Timmermans, 'Grondrechtenagentschap. Quis custodiet ipsos custodes?', *NJB* 2007-17, p. 1055-1057.

86 Zie ook Gerards en Glas 2012, reeds aangehaald; Van de Heyning 2012, reeds aangehaald.

87 Een voorbeeld zijn de uitspraken over de Dublin-verordening: EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09 (*M.S.S./België en Griekenland*), *EHRC* 2011, 42, m.nt. A. Woltjer, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes, *A&MR* 2011-1, p. 32-33, m.nt. Spijkerboer, *A&MR* 2011-2, p. 66-74, m.nt. Battjes en HvJ EU 21 december 2011, gevoegde zaken C-411/10 en C-493/10 (*NS*), *EHRC* 2012, 36, m.nt. Woltjer, *JV* 2012, 77, m.nt. Battjes. Zie over de verhouding

impact heeft voor Nederland,⁸⁸ is goede afstemming tussen de beide spelers essentieel.

Voor Nederland zijn deze ontwikkelingen op Europees terrein vooral zo belangrijk omdat het Nederlandse systeem van grondrechtenbescherming inherent ‘veellagig’ is. De Nederlandse grondrechtenbescherming bouwt in grote mate op de doorwerking van verdragen. In de praktijk worden de internationale grondrechtenbepalingen vaker ingeroepen dan de bepalingen van de Grondwet en zijn veel leerstukken primair ontwikkeld op basis van

de Europese grondrechtenjurisprudentie.⁸⁹ Juist in dit opzicht is de recente kritiek in Nederland op de Europese grondrechtenbescherming opmerkelijk.⁹⁰ Of die kritiek zal leiden tot een minder ontvankelijke opstelling ten opzichte van Europese grondrechtenbescherming valt te betwijfelen – hiervoor lieten wij al zien dat de openheid naar het Europese recht en de Europese grondrechten toe nog steeds groot is. Waar de Nederlandse ‘turmoil’ wel toe zal leiden, is nog verre van zeker.

tussen Straatsburg en Luxemburg in deze context H. Battjes, ‘Pas de deux. De wisselwerking tussen Luxemburgse en Straatsburgse jurisprudentie bij de harmonisatie van het asielrecht’, *NTER* 2012-3, p. 83.

88 De grote bulk van de klachten tegen Nederland in Straatsburg heeft op dit onderwerp betrekking; zie Ministerie van Buitenlandse Zaken, *Jaarbericht Internationale Mensenrechtenprocedures 2010*.

89 In het Jaarverslag 2010 gaf de Raad van State bijvoorbeeld aan dat het begrip ‘constitutie’ voor Nederland ruim moet worden gelezen, waarbij het ook ongeschreven recht, het EVRM, andere internationale verdragen en het EU-Handvest omvat. Zie nader ook par. 2.3 van deze bijdrage en de daar genoemde bronnen.

90 Zie voor een recent overzicht bijv. J.H. Gerards en A.B. Terlouw, *Amici Curiae. Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Nijmegen: WLP 2012.